✠

POR

MARTIN DE OLAZAGA, Christoual de Ayalde, y D. Catalina de Miraualles, y consortes.

CON

EL CAPITAN SIMON DE IGOLA, CABO del baxel de guerra, nombrado S. Antonio, y sus Armadores, vezinos de la villa de Fuente-Rabia.



Iene apelado por Martin de Olazaga, y los demas interessados, de la sentencia dada por Miguel de Nicolalde, Cauallero de la Orden de Santiago, Superintendente de la esquadra Real del Norte, que exercia el oficio por don Alonso Idiaquez, con acuerdo del Licenciado don Sebastian de Chazarreta su Assessor, por la qual declarò por de buena presa el nauio llamado san Vicente, y la mercaderia que en el venia.

Para la inteligencia del hecho se presupone, que en la villa de S. Sebastiã por el mes de Março del año de 35. Nicolas de la Naya Frances, vezino de Cubibum en el Reino de Francia, hizo escritura de compañia con Martin de Olazaga, y los demas, para que participassen sueldo por libra en la ganancia que se esperaua, y viaje del nauio S. Vicente, en la pesca de Vallenas en la Noruega, ò Terranoua. Y en esta conformidad se le entregaron diuersas cantidades a Nicolas de la Naya, y todos los vezinos de S. Sebastian conuinieron con el, que les comprasse el interes q̃

 pu-

pudiesse resultar de la compañia, y ganancias que verisimilmente se esperauan: lo qual tuuo efecto, estimandose a 25. por 100. las ganancias que se esperauan resultarian mediante el auiar la gente, y comprar lo necessario: y cõ calidad, que el dicho Nicolas de la Naya no auia de quedar obligado, sino es en caso que boluiesse en saluamento: porque sucediendo naufragio, o siendo apresado por enemigos, quedaua libre del precio por que compraua la participacion de la compañia, y de otra qualquiera acciõ y derecho.

Hizo obligacion de venir a los puertos de Vizcaya, obligando a la seguridad y paga especialmente del nauio, frutos, y mercaderias que se truxessen del dicho viaje.

Todas las escrituras tienen las circunstancias referidas, excepto la de doña Catalina de Miraualles, que paccionò tres dias despues de hecho a la vela el nauio, sin que tenga otra disparidad, ni en la forma de la obligacion, ni en la seguridad y hipoteca.

El nauio S. Vicente boluio cargado de azeite de vallena, y otras mercaderias, y llegò a las costas de Vizcaya en los principios de Otubre del año de 35. a tiempo que fue tomado por el Capitan Simon de Igola, rindiendose sin pelear. Y consta por prueua concluyẽte, que todos los cõtratos se hizieron en tiempo que no estaua rota la guerra con Francia, y que comerciauan pacificamente los vassallos de la vna y otra Corona. Y tambien se verifica, que entre los vezinos de Francia y Vizcaya son muy ordinarios estos contratos.

Esto supuesto, la parte de Simon de Igola y Armadores pretenden, que por auer hallado el nauio y mercaderia en poder de enemigos, es todo de buena presa.

Martin de Olazaga, y vezinos de S. Sebastian pretenden, que se les deue pagar el principal, e interesses de sus obligaciones en el precio del nauio y mercaderias, y que en el interes, como bienes suyos, no es justa la presa, esto se demuestra en dos Articulos.

El primero, q̃ los cõtratos fuerõ permitidos, y el derecho

que

q̃ los vezinos de S.Sebastiã tienẽ en los bienes apresados.

El segundo, que por auer tomado el nauio los Armadores, no perdieron este derecho.

ARTICVLO PRIMERO.

ES resolucion indubitable, q̃ no se puede hazer acto de hostilidad contra los bienes de aquel cõtra cuya persona no se puede hazer guerra, o por vassallo, o confederado. *Petr. Bellinus de re milit. 2. p. tit. 11. à n. 4. D. Thom. q. 40. vbi Caiet. Victor. de iure belli, a n. 40. Couar. reg. peccati, 2. p. §. 9. à n. 4. Pat. Molin. de iust. & iur. tractat. 2. disp. 121. Francisc. Arias in tract. de bello, n. 142.* Y no teniẽdo question que son vassallos, y subditos Olazaga, y los demas interessados, tampoco la tiene que todos los bienes en especie, o cantidad, que les tocan de los apresados, se los deuen entregar llanamente.

Lo q̃ tratan de cobrar es su misma haziẽda, y plata que entregarõ a Nicolas de la Naya, subrogada en la pesca de vallenas, y demas mercaderia, siendo como fue el cõtrato por todos medios licito y permitido: porq̃ auiẽdo pazes, pudierõ cõtratar justamente, *l. fi. C. de cõmerc. & mercator.* y la prohibicion q̃ prouiene de la guerra, no pudo prohibir el cõtrato q̃ tuuo permitido principio: *argu. c. cognoscẽtes, c. fi. de constit. DD in l. non est dubiũ, C. de legib. Nauarro in c. si quando, de rescript.* Pues de la misma manera q̃ la ley no cõprehende el caso antecedente, tampoco el vãdo le puede comprehender: y basta la buena fee con que cõtrataron los vezinos de S.Sebastian, para q̃ su Magestad le reserue los bienes, *l. Cæsar, D. de vectigalib. Abb. & Innocent. in c. 2. de constitutio.* y Felino en los propios terminos deste caso, aunque despues sobreuenga caso, en q̃ no fuera permitido empeçar, ni dar forma al contrato.

Que el contrato fuesse licito respeto de la cantidad en q̃ se estimò la ganancia, y en la forma de compañia no tiene question: porq̃ el compañero puede vẽder su derecho, y los veinte y cino por ciẽto son licitos, respeto de entregar su hazienda sugeta al caso de naufragio y guerra.

El

El punto està en reconocer el derecho que Olazaga, y los demas interessados adquirieron, y tienen en el nauio, y mercaderias, y si le perdierõ por la presa, respeto de pretenderse que eran bienes del enemigo los q̃ se debelaron.

Que tengan accion real, y hipotecaria, y derecho en los bienes apresados, tienen faciles apoyos, y fundamentos: porque no se puede dudar de la hipoteca, y derecho en los mismos bienes, por la clausula especial de las escrituras en que se obliga el nauio, y mercaderias, *§. item Seruiana instituta de action. l. si tibi, §. de pignore, de pignoribus, l. pignoris, D. de pignor. Ias. in d. §. item Seruiana à nu.* 119. *& 95. Bald. in rubric. C. de reuocandis his quæ in fraudem creditorum, Thesaur. decis.* 51. ibi: *Potest enim dici, quòd res hypothecata debeatur creditori iure hypothecæ, quæ rem ipsam afficit, Crauet. cons.* 178. *num.* 18. y por esto fue opiniõ de muchos, que en la hipoteca especial posseida por tercero, para obtenerla se podia pedir directamente, y sin excussion, *Gail obseruatione* 27. *lib.* 2. *num.* 8. y mas donde no ay necessidad de excussion, ni fin, ni efeto para que se haga, maximè, que Nicolas de la Naya con ser apresado, salio de la obligacion, porque fue deudor de especie cierta, y lo paccionò assi, *& debitor speciei, perempta specie, liberatur*, a distincion del deudor de cantidad, *l. incendium, C. si certum petatur, l. inter stipulantem, § sacram, de verbor. obligat. Bald. in l. diligenter, D. ad l. falcidiam.* Y auiendo llegado el caso que se preuino de apresar el nauio, quedò libre de la obligacion.

De aqui prouiene, que para pedir Olazaga y sus compañeros, ha llegado con propiedad el caso de la hipoteca, porque basta que sean bienes en que tienen este derecho, y que los Armadores se los quitassen a los Franceses que los posseìan con esta calidad, por ser el efeto de la hipoteca, *l.* 2. *§.* 1. *l.* 3. *D. de pignoribus, l.* 23. *de probat. l. si ab eo, de pignor. Bald. in l. & quemadmodũ, §. quod dicitur, de pignoribus*: porque tanto menos tienen en los bienes, quanto deuen. Y assi en las represalias que se executan en los Franceses, como parte de la Corona de Francia con

quien

quien es justa la guerra, solo es del Fisco lo que queda, *deducto ære alieno*, reseruando a las mugeres las dotes, y obseruando a los acreedores sus contratos, porque el Fisco sucede en ellos *cum suo onere*.

Y para que el nauio y mercaderias que estàn en el, se considerassen bienes de Olazaga, y sus compañeros, bastaua la escritura de compañia en que quedaron obligados, y hipotecados, sin que los Armadores los puedan pretender hazer suyos sin satisfazerlos, *l. omne æs alienum cum vulgatis, D. pro socio*: y porque el dinero que se dio, y entregò por los vezinos de San Sebastian, fue para la pesca, y fiando la paga, y asseguran dola en ella, con que es mas precisa la accion real en el nauio y mercaderias, *l. 1. § non autem, l. fin. de exercitoria actione, l. liberto, de negot. gest.* Y aun bastaua la asignacion en aquellos bienes para la paga, para que no quedassen defraudados.

A que se añade, que la compañia, q̃ es vn cuerpo mistico, estaua en la possessiõ de los bienes, y por ella los vezinos de San Sebastian, con que es mas preciso el derecho adquirido en ellos, *Rota Genuen. de mercat. decis. 7. n. 9. & 10. Giurba ad consuetudines Messanens. cap. 1. glos. 6. num. 10. & cap. 8. glos. 3. num. 2.* con que le es preciso a la parte contraria verificar, y mostrar por ser afirmatiua suya la causa, porque quiere detener estos bienes.

ARTICVLO SEGVNDO.

POR el Capitan Simon Igola, y los Armadores es el fundamento vnico, pretender que el nauio, y mercaderia estaua en potestad del Frances, y que assi la presa fue justa, y el titulo de la adquisiciõ lo es, como presa hecha de bienes del enemigo, *l. 26. & 27. tit. 26. part. 2. glos. in cap. sicut de iureiur. & ibi DD. l. hostes de captiuis, l. hostes, de verb. signific. Mascard. 168. num. 3. Scaccia de cõmercijs, quæst. 1. §. 1. ex num. 143. Bartol. in d. l. hostes, Alexand. in l. si quid in bello, de captiuis.*

Esta pretension tiene excepciones muy releuantes en este caso.

Lo

Lo primero, no consta que estos bienes los huuiesse aplicado a si el enemigo, ni adquirido dominio en ellos, tal, q̃ quisiesse no satisfazer la obligacion y deuda q̃ tenia, ni q̃ los retuuiesse para vsurparlos, y no acudir con ellos a las partes a quien tocan: porque si se atiende al principio dèl, no se puede colegir este fin, pues como queda referido en el hecho, y el derecho, fue vn contrato de buena fè de compañia, dando su hazienda para procurar adquirir, que es lo ordinario, *l. cum societas, cum vulgatis, D. pro socio.* Luego serà necessario mostrar, que despues de hecho el cõtrato, resoluer el enemigo el quedarse cõ los bienes, supuesto que ni los ocuparon por violencia ni presa; y esta calidad la auia de verificar la parte cõtraria, y cõsistiendo en el animo y voluntad suya, no tiene facilidad.

Y esta replica tiene mayor apoyo en la parte en q̃ los Armadores fundan, porq̃ no tienen mas titulo para prouar el dominio, que la possession del nauio, y mercaderias, q̃ es el medio de prouar el dominio delos bienes muebles, *Bart. cõs. 209. n. 4. tit. 1. Bero. cõs. 79. n. 6. lib. 3. Menoc. de præsumptionib. præsump. 63. Mascard. concl. 557. n. 9.* y con razon, porq̃ por el derecho de las gentes empeçò el dominio de la possession, *l. 1. l. rem quæ nobis. de adquir. posses.* y supuesto q̃ la possession q̃ en este caso se muestra, es en nombre de los vezinos de san Sebastiã, no les puede perturbar su derecho, con que se desvanece la pretension alegada, pues no siendo bienes del enemigo, y no posseyẽdolos por este titulo, no pudo ser justa la presa en la parte que toca a los vassallos.

Y esto tiene mayor facilidad, respeto de que en la presa es diuiduo, y separable en la cãtidad, y en la especie las mercaderias, y nauio; y assi los Armadores hã adquirido el dominio de las mercaderias que tocan a Franceses, y no las que tocan a vassallos, que se deuen separar, como quando se hallan en vna naue mercaderias de comisso, y mercaderias licitas, *Bobadilla in Politica, tit 4. cap. 5. à num. 22. Castill. in l. 1. Taur. in glos.* en los otros lugares. *fol. 18. col. 2. Aceb. in l. 25. n. 18. vers. Pro cõtraria, tit. 18. lib. 6. Recop.*

Y

Y quando fuera posible hazer distincion de lo q̃ consiste en animo, tampoco consta que tuuiessen noticia de la guerra los Franceses, a que persuade su ausencia, y breuedad del tiempo, para que tuuiesse principio la causa diuersa de posseer.

Y por parte de Olazaga y sus compañeros, aun quãdo se juzgasse la possesion de los bienes violenta, y quitada a los Españoles, no pudieron hazer suya la pressa, ni perdieron el derecho y dominio de los bienes: porq̃ en ningũ caso tuuierõ seguridad para retenerlos, como lo mostrò la experiencia, puesto que sin pelear fuerõ presos, antes de tocar en sus riberas. Y assi, aunque quisieran lleuarse las mercadurias no las perdieran los vezinos de san Sebastian, *l. postliminij, §. postliminium, de captiuis, Angel. in q. 8. de renouata guerra, n. 3.* donde refiere las cõclusiones legales que se obseruã en caso de milicia: porque no se juzgan los bienes de enemigo, si no es en caso q̃ los cõduzga en lugar seguro: porq̃ en el interin no se pierde el dominio por la l. 5. de captiuis, q̃ es lo mismo que determinò la *l. 26. tit. 26. p. 2.* y alli los Doctores, y assi quando se juzgasse por perdida, la recuperacion la boluia al primer estado, *Alex. in l. 1. in prin. de adqui. pos. Salic. in l. ab hostibus. C. de captiuis.*

Y para poder perder el derecho de la naue, serà necessario el requisito de hazer propias las mercadurias, y tomar dominio en ellas; y despues desto, la segunda calidad de q̃ la naue huuiesse llegado a Puerto a donde estuuiesse assegurada por algun tiempo, como en los terminos deste caso lo anotò *Scaccia de comerc. §. 1. q. 1. à n. 144.* ibi: *Quare ad hoc, vt nauis Seualiares capta ab hostibus efficiatur ipsorum hostium, requirũtur duo. Primum quòd nauis capta ducatur intra præsidia ipsorum hostium, idest, ad confines secundum quod ita sit ducta, vt sit in tuto, ne à militibus accurrentibus momento recuperari posset, & sic debet pernoctasse. Bald. sed obsurè in l. ab hostib. la 2. versus finem, & clarè Salicet. ibidem n. 2. C. de capt. & postlimin. reuers. Vincen. de Franch. decis. 268. lib. 2. & Rot. Roman. coram R. P. D. Orano in vna Neapolit. à Romana*

manis Venetã 8. Nouembr. 1597. in impressis post Farin. consilia, lib. 1. decis. 120. Anton. d. n. 1. quia res donec nõ est deducta intra præsidia, non dicitur mutare dominium, & consequenter, neque statum.

Tambien tienẽ por si Olazaga y sus compañeros muchos exemplares, en que se les han dado los bienes a los naturales de que le despojò el enemigo con mano militar, como sucedio en don Francisco Sarmiento, a quien se le restituyeron los bienes, segun la determinacion desste Supremo Consejo, no obstante que el Olandes los tuuo en su arbitrio y poder muchos dias. Y tiene este caso la diferencia de no auerlos tomado, ni resistido el enemigo; y para la equidad el auerse tomado sin pelear.

Y no deue mouer menos, el que por este medio conocidamente, si no se les pagasse lo que les pertenece, seria de peor calidad su fortuna, en auer llegado al dominio de su Mageſtad los bienes, que si se los lleuara el enemigo: porque dandose por de buena presa, pierden su haziẽda sin recurso de ningun tiempo contra los Frãceses obligados. Y si ellos huuiessen lleuado los bienes, llegando el caso de cessar la guerra, permaneciera la obligaciõ, y derecho de pedir; y en qualquier caso parece que ha de ser priuilegiada la pretension destas partes que tratan de cõseruar su hazienda, y las contrarias de despojarlos della. Y assi esperamos que se ha de determinar en su fauor. Saluo, &c.

Lic. don Baltasar de Oña.

En Madrid, por Catalina del Barrio y Angulo.